

# Appalto genuino e indici rivelatori

Fabrizio Pirelli - Funzionario della Direzione provinciale del lavoro di Modena (\*)

La disciplina del contratto di appalto, d'opera o di servizi, richiede una preventiva analisi dei precedenti normativi che hanno contribuito alla definizione delle attuali regole giuridiche applicabili in materia. Il nostro ordinamento prevedeva il divieto di intermediazione e di interposizione di manodopera espressamente disciplinato dalla legge n. 1369/1960, tentando, per tale via, di reprimere quei fenomeni in cui lavoratori assunti da un datore-intermediario prestavano concretamente la loro attività in favore di un altro imprenditore committente. L'art. 1 della predetta legge disciplinava in particolare il divieto di appalto di manodopera proprio per scongiurare il rischio che l'imprenditore-utilizzatore, impiegando lavoratori assunti da parte di altro soggetto per lo svolgimento della propria attività d'impresa, potesse non solo approfittare di agevolati regimi normativi, connessi alle ridotte dimensioni aziendali, ma anche sopportare un basso e contenuto costo del lavoro. Se la finalità sottesa alla legge n. 1369/1960 risiedeva nell'indagine volta a verificare le effettive capacità imprenditoriali ed organizzative dell'appaltatore, tale logica, nonché la disciplina ad essa connessa, cominciò, col passare degli anni, a divenire sempre più inadeguata al contesto produttivo in continua evoluzione, ormai caratterizzato da fenomeni di destrutturazione ed esternalizzazione dell'impresa (1). I tradizionali vincoli e limiti imposti dal legislatore del '60 all'interposizione ed all'appalto di prestazioni di manodopera vennero mitigati, e non formalmente abrogati, dall'introduzione della disciplina del lavoro interinale o temporaneo, prevista dalla legge n. 196/1997. La cd. Legge Treu consentiva alle imprese di fornitura di avviare delle prestazioni di lavoro presso altre imprese che fossero in cerca di personale in grado di far fronte alle proprie esigenze produttive dal carattere meramente temporaneo. Tuttavia, come detto, l'introduzione della nuova legge non portò all'abrogazione dei precedenti divieti in tema di interposizione che, invece, venivano esplicitamente richiamati in caso di illecita fornitura di lavoro temporaneo. L'art. 1° della legge n. 196/1997 imponeva, infatti, il ricorso alle sanzioni della legge n. 1369/1960 nei ri-

guardi sia dell'impresa utilizzatrice che di quella fornitrice, ree di aver utilizzato lavoratori temporanei in violazione della prescritta normativa al riguardo. Solo con la Riforma Biagi si assiste alla formale soppressione dell'originario divieto di appalto di mere prestazioni di lavoro, grazie all'art. 85 del D.Lgs. n. 276/2003, che, al comma 1, lett. c), dispone l'abrogazione della legge 23 ottobre 1960, n. 1369 e con essa del divieto generale di fornitura di manodopera a terzi, mantenendo, tuttavia, un divieto generale riferibile alle ipotesi di somministrazione irregolare (art. 27) e fraudolenta (art. 28), da reprimere in quanto forme illecite poste in essere violando le norme a fondamento della somministrazione regolare, di cui agli artt. 20 e ss. del testo normativo del 2003.

## Definizione e natura giuridica

Prima di procedere alla disamina della disciplina giuridica inerente la normativa dell'appalto e contenuta nell'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, occorre preliminarmente fornire una definizione del contratto *de quo*, facendo leva su profili prettamente civilistici desumibili dall'art. 1655 del codice civile, stante l'imprescindibile interdipendenza delle due materie nella regolamentazione delle fattispecie giuridiche. Tale ultima norma definisce l'appalto come «il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro». Si tratta di un contratto stipulato tra due soggetti, da un lato il committente, ossia colui che conferisce l'incarico relativo al compimento dell'opera o del servi-

### Note:

(\*) Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione pubblica di appartenenza.

(1) Del Giudice-Mariani-Izzo, *Diritto del lavoro*, Edizioni giuridiche Simone, XXII Edizione, pp. 161 e ss.

zio e che rappresenta il soggetto in favore del quale si realizza il risultato finale; dall'altro l'appaltatore, ossia colui tenuto ad eseguire l'opera o il servizio a fronte del pagamento di un corrispettivo, agendo a proprio rischio e con l'organizzazione dei propri mezzi. È un contratto *essenzialmente obbligatorio*, in quanto deriva a carico di entrambe le parti il dovere di adempiere ad una obbligazione di *facere*, che sarà, appunto, eseguire l'opera o il servizio per l'appaltatore, pagare il corrispettivo in denaro per il committente, elemento quest'ultimo che qualifica ulteriormente il rapporto in essere evidenziandone il carattere dell'*onerosità*. Parte della dottrina civilistica lo definisce contratto *commutativo* (2), non individuando l'elemento del rischio, dal momento che le prestazioni obbligatorie di entrambe le parti sono determinate o determinabili sulla base di criteri prestabiliti e non dovrebbero dipendere da eventi futuri ed incerti. Se, infatti, il sopraggiungere di eventi imprevedibili dovesse comportare, ad esempio, una variazione del costo della manodopera, l'appaltatore potrà evitare ogni rischio chiedendo al committente, ai sensi dell'art. 1664 del c.c., la revisione del prezzo stabilito. In relazione ai singoli atti posti in essere dall'appaltatore, il contratto di appalto può essere definito *ad esecuzione prolungata*, in quanto, a differenza della categoria dei contratti di durata in cui ogni singola prestazione soddisfa l'interesse dell'altra parte creditrice del servizio o dell'opera, nel contratto in esame la soddisfazione del committente avviene solo con l'atto finale di esecuzione di compimento dell'opera o di prestazione del servizio (3). Per la sua validità, il contratto di appalto non richiede una particolare forma, essendo normalmente *a forma libera*, eccezion fatta per gli appalti relativi alla costruzione di navi o aeromobili, per gli appalti pubblici e per le autorizzazioni alle variazioni del progetto di cui all'art. 1659, comma 2, del c.c. Infine, si tratta di un contratto *intuitu personae* relativamente all'impresa (4): tale definizione media i due opposti orientamenti della dottrina, che, da un lato, prevede la necessaria autorizzazione del committente a concedere i lavori in subappalto, ai sensi dell'art. 1656 del c.c. (5); dall'altro, la possibilità che l'appalto continui nei confronti degli eredi dell'appaltatore, ai sensi dell'art. 1674 del c.c. (6). È preferibile, quindi, la definizione intermedia in quanto l'infungibilità è da intendersi non riferita alla persona fisica dell'appaltatore, ma alla sua impresa, con particolare riguardo all'organizzazione tecnica della stessa.

## Requisiti normativi dell'appalto "genuino"

### Organizzazione dei mezzi necessari ed esercizio del potere direttivo e organizzativo

La sentenza della Cassazione civile, sez. lavoro, del 23 novembre 2009 n. 24625 (vedi pag. XI), oggetto del presente commento, offre lo spunto per definire ulteriormente i caratteri identificativi del contratto di appalto "genuino". La normativa contenuta nell'art. 29, comma primo, del D.Lgs. n. 276/2003, prevede che «(...) il contratto di appalto, stipulato e regolamentato

ai sensi dell'art. 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa». In prima battuta occorre evidenziare come la norma in esame sia indirizzata a differenziare l'appalto, disciplinato dall'art. 1655 del c.c., dalla somministrazione di lavoro sulla base dei due elementi distintivi dell'organizzazione dei mezzi necessari e dell'assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore.

In merito al primo elemento caratterizzante un appalto "genuino", si può affermare che è stato normativizzato l'orientamento comune di una serie di pronunce giurisprudenziali recenti, secondo cui non sarebbe necessaria la componente materiale nella gestione dell'appalto, soprattutto in quegli appalti di servizi a "bassa intensità organizzativa", in cui è predominante la mera organizzazione dei propri dipendenti ad opera dell'appaltatore. Basti pensare ai servizi di natura informatica, strutturalmente privi di materiali forniti dall'appaltatore, per i quali, inoltre, è spesso difficoltoso individuare non solo l'organizzazione dei mezzi necessari, stante l'immaterialità del servizio fornito, ma anche l'esercizio del potere direttivo ed organizzativo, in virtù della natura della prestazione dedotta in contratto. Nella realtà fattuale, pertanto, occorrerà un'indagine analitica volta alla concreta individuazione dei mezzi necessari riferibili all'appaltatore e del soggetto di volta in volta titolare del potere direttivo (7). Sulla scia di quanto appena affermato, anche la Direzione generale per l'attività ispettiva del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali (ora Ministero del lavoro e delle politiche sociali) nell'interpello n. 77 del 22 ottobre 2009 affermava che «(...) (8) potrà ritenersi compatibile con un appalto genuino anche un'ipotesi in cui i mezzi materiali siano forniti dal soggetto che riceve il servizio, purché la responsabilità del loro utilizzo rimanga totalmente in capo all'appaltatore e purché attraverso la fornitura di tali

### Note:

(2) Stolfi, voce *Appalto*, in *Encdir.*, 1958.

(3) Rubino, *Appalto*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1973.

(4) M. D'Auria, *Dei singoli contratti*, vol.2, *Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Giuffrè, 2002, p. 7.

(5) Giannattasio, *L'appalto*, Milano, 1967, pp. 54 e ss.

(6) Mirabelli, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Utet*, Torino 1960, pp. 400 e ss.

(7) L. Angiello, *L'appalto di servizi*, in *La Riforma del mercato del lavoro*, *Commento al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (Artt. 1-32)*, a cura di Luisa Galantino, Giappichelli, 2004, pp. 323 e ss.

(8) Interpello, Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali del 22 ottobre 2009 n. 77: «(...) Da quanto sopra argomentato deriva che il solo utilizzo di strumenti di proprietà del committente ovvero dell'appaltatore da parte dei dipendenti del subappaltatore non costituisce di per sé elemento decisivo per la qualificazione del rapporto in termini di appalto non genuino, attesa la necessità di verificare tutte le circostanze concrete dell'appalto e segnatamente la natura e le caratteristiche dell'opera o del servizio dedotti nel contratto di modo che, nel caso concreto, (...)», in *Dir. prat. lav.*, 2009, 44, 2559 con nota di M. Tavella.

mezzi non sia invertito il rischio di impresa, che deve in ogni caso gravare sull'appaltatore stesso».

Il primo comma dell'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 pone l'accento, altresì, su una specificazione del requisito dell'organizzazione dei mezzi necessari la quale, in presenza di particolari «esigenze dell'opera o del servizio», può essere individuata anche nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nel contratto di appalto. L'esercizio concreto ed effettivo di tali poteri da parte dell'appaltatore è indice della «genuinità» dell'appalto, ossia della sua legittima corrispondenza ai parametri normativi. Non è sempre facile, però, appurare con certezza il riconoscimento dell'esercizio di tali poteri in capo all'appaltatore, stante la frequente ingerenza dell'appaltante nello svolgimento dell'attività, in relazione alla natura del servizio o dell'opera da realizzare. Proprio in riferimento al concetto di «servizio» dedotto in contratto, è opportuno precisare che esso può coincidere con qualsiasi fase del ciclo produttivo del committente, in quanto l'affermata autonomia, sostenuta dalla prevalente giurisprudenza in materia, non è sinonimo di totale indipendenza dal ciclo produttivo dell'appaltante, ma si riferisce ad una mera differenziazione rispetto alle fasi del ciclo produttivo principale del committente (9). Tale argomentazione trova riscontro in una recente sentenza della Cassazione del 23 giugno 2008 n. 17049, secondo cui negli appalti «endoaziendali», caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di attività profondamente inerenti al complessivo ciclo produttivo del committente, vale a dire i citati appalti di servizi informatici, gioca un ruolo fondamentale, nella determinazione o meno della liceità dell'appalto, il riconoscimento del soggetto effettivo titolare del potere direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, con necessaria assunzione del relativo rischio, non essendo sufficiente la semplice gestione amministrativa del personale. A ben vedere tale recente pronunciamento giurisprudenziale non fa altro che anticipare quanto statuito dalla sentenza n. 24625 del 23 novembre 2009 in commento, secondo cui «non è lecito l'appalto il cui oggetto consista nel mettere a disposizione del committente una prestazione lavorativa, lasciando all'appaltatore - datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (retribuzione, assegnazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione mediante le opportune sostituzioni), ma senza una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata ad un risultato produttivo autonomo» (10). Quest'ultimo inciso sottolinea l'importanza dell'esistenza di una vera organizzazione d'impresa, intesa anche in termini di forza lavorativa ed orientata alla realizzazione di un risultato autonomo, che rimane tale anche se il servizio è reso sotto una forma di coordinamento funzionale e fisiologico tra le due imprese coinvolte nell'appalto, purché non si arrivi ad un permanente inserimento del personale dell'appaltatore nella compagine aziendale del committente (11).

Pertanto, con riferimento all'esercizio del potere direttivo ed organizzativo nei confronti dei lavoratori - quale specificazione del requisito dell'organizzazione dei mezzi necessari in presenza di particolari esigenze dell'opera o del servizio - occorre fornire alcuni criteri pratici volti ad accertare l'effettiva gestione del personale,

in relazione a: 1) modalità operative di lavoro, 2) tempi di lavorazione.

In merito al primo criterio, si potrà parlare di appalto «genuino» nelle ipotesi in cui sia lo stesso appaltatore a scegliere il numero dei dipendenti necessario ad eseguire l'opera od il servizio dedotti in contratto, in virtù delle sue competenze tecnico-professionali che gli consentono di stimare le unità lavorative presumibilmente richieste per adempiere adeguatamente all'incarico assunto. Il medesimo ragionamento potrà essere esteso anche alle ipotesi di lavoratori assenti, la cui sostituzione dovrà essere ugualmente appannaggio dell'appaltatore. È quest'ultimo, infatti, il soggetto in grado di valutare la professionalità del «suo» dipendente assentato e decidere se, nell'ottica del raggiungimento del risultato produttivo finale, sostituirlo con un altro dipendente, appartenente pur sempre alla propria compagine aziendale, in possesso delle medesime o differenti professionalità, oppure continuare l'esecuzione dell'opera o del servizio con quel deficit prestazionale venutosi a creare proprio perché magari si versa già in una fase terminale dell'appalto in cui non è indispensabile più l'apporto lavorativo di quel particolare dipendente.

Per quanto concerne, invece, il criterio inerente i tempi di lavoro, sul presupposto del citato coordinamento fisiologico-funzionale tra stazione appaltante ed appaltatore, il committente potrebbe individuare e determinare le fasce orarie di esecuzione dell'appalto, ma, ai fini di una qualificazione in termini di «genuinità» del contratto di appalto, dovrà essere sempre l'impresa appaltatrice a fissare il turn over lavorativo (12), selezionando i dipendenti da adibire effettivamente ad ogni turno (13). Pertanto, argomentando *a contrario* rispetto alle indicazioni finora suggerite in tema di gestione del personale, allo scopo di attribuire al contratto di appalto il sigillo di «genuinità», se ne deduce che i dipendenti dell'appaltatore non devono essere soggetti al potere direttivo ed organizzativo dell'appaltante. Tuttavia una parte della dottrina riconosce che tale assunto vada mitigato, stante il richiamo letterale che lo stesso art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 in esame fa alla normativa codicistica, con quanto previsto dall'art. 1662 del c.c., che disciplina il diritto di verifica e di controllo riconosciuto in capo all'appaltante nel corso di esecuzione dell'opera (14). Si corre il ri-

#### Note:

(9) Tuttavia, il concetto di autonomia dell'appaltatore rispetto al committente trova una sua ulteriore definizione anche in un'altra pronuncia giurisprudenziale del Tar Piemonte del 27 giugno 2006 n. 2711, nel senso che «l'organizzazione materiale dei fattori produttivi da parte dell'appaltatore deve sottrarsi all'ingerenza del committente», commento di Giampiero Falasca, *Appalto, somministrazione e distacco: interventi della giurisprudenza e del Ministero*, in *Guida al Lavoro*, Il Sole 24 Ore, n. 31 del 28 luglio 2006, pp. 14 e 15.

(10) Sentenza della Cassazione civile, sez. lavoro, del 23 novembre 2009 n. 24625, riportata per intero in calce.

(11) Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, in *Il Codice Civile - Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2000, p. 89.

(12) Del Punta, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, p. 297.

(13) Sentenza Tar Piemonte del 27 giugno 2006 n. 2711.

(14) Rubino-Iudica, *Appalto*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, III Ed., Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1992, p. 280.

schio, tuttavia, che un pregnante controllo dell'appaltante, a fronte di un inconsistente potere direttivo esercitato dall'appaltatore, possa portare alla subordinazione dei lavoratori occupati nell'appalto direttamente nei confronti della stazione appaltante.

### **Assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore**

Il contratto di appalto si distingue, altresì, dalla somministrazione di lavoro «(...) per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa», secondo quanto disciplinato dall'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, primo comma, ultimo periodo. Tale disposizione si discosta dalla corrispondente normativa contenuta nella disciplina codicistica, in quanto nel testo della Riforma Biagi si presuppone la qualifica di imprenditore per il soggetto appaltatore, diversamente da quanto previsto dall'art. 1655 del c.c. Occorre, innanzitutto, chiarire il concetto di «rischio», elemento costitutivo del contratto di appalto ed assorbito nella causa del medesimo. Il «rischio» si identificherebbe concretamente nella possibilità di non riuscire a coprire tutti i costi dei macchinari, dei materiali e della manodopera impiegata nell'esecuzione del contratto in relazione al corrispettivo pattuito, in considerazione del sopraggiungere di eventi in grado di far aumentare le spese da sostenere. Proprio su tale punto, la sentenza della Cassazione civile n. 3754 del 1979 precisava che il concetto di rischio in questione non è il rischio tecnico-giuridico relativo ai casi fortuiti, bensì quello economico, frutto dell'impossibilità di stabilire a priori i costi connessi all'esecuzione del contratto d'appalto, con la conseguenza legittima, come si diceva, che il soggetto appaltatore potrà incorrere in una perdita in caso di costi superiori al corrispettivo concordato. Inoltre, il concetto di rischio riguarderebbe anche la possibilità di non raggiungere il risultato connesso alla stipulazione del contratto di appalto: in questo senso, l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria da parte dell'appaltante dovrà essere subordinato al raggiungimento del risultato produttivo ad opera dell'appaltatore, e non alla semplice messa a disposizione di prestatori di lavoro. È questo, infatti, un criterio distintivo tra appalto genuino ed appalto di manodopera: nella prima ipotesi, il committente effettuerà il pagamento del corrispettivo pattuito solo a seguito della realizzazione dell'opera o del servizio dedotti in contratto; nella seconda ipotesi, invece, il corrispettivo verrà comunque riconosciuto all'appaltatore per il solo motivo di aver fornito la manodopera, a prescindere dal conseguimento di un risultato.

### **Quadro complessivo degli indici rivelatori della "genuinità" dell'appalto**

L'assunto contenuto nella sentenza in commento, secondo cui l'appalto è illecito quando l'oggetto del contratto consiste nel mettere a disposizione del committente una mera prestazione lavorativa, lasciando all'appaltatore solo la gestione amministrativa del rapporto, senza un'effettiva organizzazione della prestazione volta ad un risultato produttivo autonomo, offre lo spunto

per enunciare, oltre a quelli già esaminati in precedenza, una serie di ulteriori indici rivelatori per appurare la genuinità o meno dell'appalto, indici, anch'essi, frutto dei più consolidati orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, finalizzati a perseguire e sanzionare gli appalti illeciti di manodopera. Pertanto, dalla valutazione di tali indicazioni, se ne potrà dedurre la conformità o meno del contratto d'appalto alle norme di legge.

**1) Mancanza della qualifica di imprenditore del soggetto appaltatore:** indispensabile ai fini della sussistenza di un vero e proprio contratto di appalto è che l'oggetto dedotto in contratto sia posto in essere da un soggetto che abbia la forma e la sostanza di un'impresa, sia dal punto di vista tecnico, che economico ed organizzativo. A ben vedere, anche dopo l'abrogazione della legge n. 1369/1960, esiste un divieto inerente la fattispecie oggettiva dell'interposizione di manodopera e non la qualificazione soggettiva di chi pone in essere tale condotta, violando le norme in materia. A tal proposito, infatti, sia l'assunto, prima richiamato, della sentenza in commento, sia altre pronunce giurisprudenziali recenti hanno confermato che si è in presenza di interposizione di manodopera anche nelle ipotesi in cui l'appaltatore è dotato di una vera e propria organizzazione d'impresa, ma si limita a fornire solo la manodopera, non assumendo il benché minimo rischio economico in merito alla realizzazione dell'opera o del servizio dedotti in contratto. (15) Inoltre, per verificare la presenza di un'impresa fittizia, ossia priva di un'autonoma organizzazione, e quindi della non genuinità dell'appalto, soccorrono ulteriori indici, anch'essi frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, e relativi alla deficitaria esperienza professionale dell'appaltatore nel settore di riferimento dell'appalto; la diversità dell'attività svolta dall'appaltatore rispetto a quella che il suo dipendente avrebbe dovuto eseguire presso il committente; ed infine, l'inesistenza, nella compagine aziendale dell'appaltatore, di personale qualificato ed idoneo a svolgere le mansioni connesse alle attività appaltate (16).

**2) Esercizio del potere direttivo del committente:** come si è già detto nelle considerazioni esposte in precedenza, cui si rinvia, la riscontrata titolarità in capo al committente del potere direttivo, tipico dell'effettivo datore di lavoro, esercitato sulla materiale esecuzione delle lavorazioni affidate allo pseudo-appaltatore, è indice rivelatore della non genuinità dell'appalto. Al fine di rendere concretamente individuabile tale indice, si segnalano alcune applicazioni pratiche desunte da numerosi pronunciamenti giurisprudenziali (17) e riscontrabili nella prassi quotidiana, tra cui: la similitudine dell'orario di lavoro tra dipendenti dell'appaltatore e quelli del committente; il pagamento delle retribuzioni dei dipendenti dell'appaltatore ad opera del committente; la pre-

#### **Note:**

(15) Cass. civ., sez. lavoro, 12 marzo 1996 n. 2014, in *Dir. prat. lav.*, 1996, 34, 2460; Cass. civ., sez. lavoro, 2 aprile 1997 n. 3063, in *Dir. prat. lav.*, 1997, 17, 1262.

(16) In dottrina: L. Galantino, *Diritto del Lavoro*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 134 e ss.; in giurisprudenza: Cass. civ., sez. lavoro, 5 maggio 1979 n. 2580, in *Or. giur. lav.*, 1979, p. 1324.

(17) Tra tanti vedi: Cass. civ., sez. lavoro 23 aprile 1999 n. 4046, in *Giust. civ. mass.*, 1999, p. 92; Pret. Milano 29 dicembre 1998, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 499.

senza di un controllo diretto sui dipendenti dell'appaltatore da parte di preposti del committente; la richiesta di ferie o permessi presentata dai dipendenti dell'appaltatore direttamente al committente che decide sulla loro concessione, spingendosi anche a disporre un loro eventuale licenziamento; la valutazione degli aumenti retributivi rimessa al committente anche nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore; la scelta del numero dei dipendenti da utilizzare rimessa al soggetto appaltante; il controllo fiscale e contabile degli adempimenti dell'appaltatore ad opera del committente; l'appaltante cura le relazioni sindacali dei dipendenti dell'appaltatore; eventuale ridimensionamento dell'organico aziendale dell'appaltante nell'ottica di inserire stabilmente la manodopera fornita dall'appaltatore.

**3) Mezzi e strumenti del committente:** in merito a tale indice, è opportuno sottolineare e ribadire, sulla scorta di quanto più sopra affermato, che non si riscontra un'ipotesi di interposizione di manodopera tutte le volte in cui il committente effettui un conferimento strumentale e di capitali minimo, necessitando, invece, che tale apporto debba essere tale da rendere totalmente irrilevante il contributo organizzativo fornito dall'appaltatore (18). È una valutazione questa che la giurisprudenza ha più volte ribadito con riferimento, in particolare, al settore del terziario avanzato, in cui gli appalti, specie di servizi, si realizzano con l'utilizzo specifico e doveroso di mezzi e strutture di alto valore economico di proprietà del committente. Non ricorrerà, pertanto, un'ipotesi di interposizione di manodopera nel caso in cui l'appaltatore, pur essendo fornito di appositi macchinari per l'esercizio della propria attività autonoma, si avvale degli strumenti dell'appaltante, dal momento che quel particolare lavoro richiede l'uso di una specifica macchina o perché si richiede l'impiego di capitali e personale. Non vi sarà interposizione illecita nemmeno nel caso in cui il committente fornisca le materie prime a garanzia della qualità del prodotto da realizzare o perché devono essere trasformate dall'appaltatore. O ancora, nel caso dei contratti di appalto di servizi informatici, già trattati in precedenza, in cui l'appaltatore esegue l'attività dedotta in contratto sulle attrezzature fornite dall'appaltante (hardware) utilizzando beni immateriali (know how). In tutti questi casi, l'indagine dovrà indirizzarsi a verificare l'effettiva consistenza e la non marginalità dell'apporto organizzativo dell'appaltatore.

**4) Qualificazione dell'attività lavorativa:** fondamentale, ai fini dell'indagine in questione, determinare la natura dell'attività lavorativa resa. Pertanto, emergerà il carattere della «genuinità» dell'appalto quando l'attività posta in essere rientra tra quelle normalmente fornite dall'appaltatore, rientranti cioè nel suo tipico oggetto sociale (19). La conformità del contratto di appalto alle norme in esame si deduce, inoltre, dalla temporaneità e dalla contingenza dell'opera, ed anche dall'impiego di lavoratori non inseriti stabilmente nella compagine aziendale-organizzativa dell'appaltante. L'appalto sarà genuino, altresì, nel caso in cui i lavoratori dell'appaltatore, impiegati nell'esecuzione dell'appalto, svolgano mansioni differenti da quelle dei dipendenti del committente e nelle ipotesi in cui ci sia un'effettiva distinzione nella collocazione logistica tra le due compagini lavorative, tale da scongiurare il rischio di una commi-

stione ed interferenza di attività. Ed infine, non si potrà considerare illecito un contratto di appalto quando la prestazione lavorativa dei dipendenti impiegati nell'esecuzione dell'attività appaltata non rientra, in maniera esclusiva, negli obiettivi socio-aziendali del committente.

**5) Quantificazione ed attribuzione del corrispettivo:** il criterio della corresponsione della retribuzione dovuta è strettamente connesso all'assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore. Se, infatti, il contributo dell'appaltatore è «marginale ed insignificante» (20), rivolto cioè solo a coprire il costo della manodopera utilizzata senza essere suffragato dal necessario potere direttivo sui dipendenti impiegati nell'appalto, questo sarà piuttosto inquadrabile nella fattispecie dell'interposizione illecita. La connessione col rischio d'impresa si riferisce ad un corrispettivo parametrato sul costo della manodopera sostenuto dallo pseudo appaltatore, e non stabilito preventivamente in maniera fissa sul risultato da raggiungere, eliminando all'origine, così, ogni possibile alea casualmente connessa alla natura del contratto. Di sicuro non è sinonimo di genuinità dell'appalto il caso in cui è il committente in prima persona a retribuire i dipendenti dell'appaltatore, o presunti tali, tenendo conto, altresì, nella valutazione dell'importo da corrispondere, anche degli oneri previdenziali ed assicurativi connessi alle prestazioni rese. Fatte salve alcune esigenze e caratteristiche specifiche relative all'opera o al servizio dedotti in contratto, qualora il committente determinasse il corrispettivo in base alle ore o alle giornate effettivamente lavorate dai dipendenti dello pseudo-appaltatore, porrebbe in essere un'ipotesi di appalto illecito, dal momento che la retribuzione corrisposta secondo tale modalità, utilizzando il più delle volte come base di calcolo l'importo della retribuzione oraria dei propri dipendenti, violerebbe il sinallagma contrattuale che sottende al rapporto obbligatorio in termini di «compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro», ai sensi dell'art. 1655 c.c.

## Responsabilità solidale del committente

Ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, comma secondo, «in caso di appalto di opere e di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti». La norma in esame, oggetto di modifiche redazionali succedutesi nel tempo, si discosta dal contenuto

### Note:

(18) Cass. civ., sez. lavoro 31 dicembre 1993 n. 13015, in *Dir. prat. lav.*, 1994, p. 813.

(19) Nel caso concreto, qualora un contratto di appalto sia licitamente sprowisto di forma scritta, si potrà verificare velocemente la congruità delle attività svolte dall'appaltatore con quelle dedotte in contratto attraverso una visura camerale per controllare l'oggetto sociale dell'impresa.

(20) Cass. civ., sez. lavoro 11 maggio 1994 n. 4585, in *Dir. prat. lav.*, 1994, p. 2698.

più ampio previsto nell'abrogata legge n. 1369/1960 che sanciva la parità di trattamento, retributiva e normativa, per i dipendenti dell'appaltatore in misura non inferiore a quella stabilita per i lavoratori del committente. Si discosta pure dalla parallela disciplina codicistica dell'art. 1676 c.c., in cui è prevista un'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore nei confronti del committente al fine di «conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda», azione che evidenzia, tuttavia, una tutela di grado inferiore rispetto alla normativa contenuta nella Riforma Biagi. In essa, infatti, con la previsione dell'obbligazione solidale, viene a delinarsi una tutela estesa a tutti i debiti dell'appaltatore, siano essi di natura retributiva che contributiva. Il committente, infatti, sarà considerato responsabile non solo per le retribuzioni ordinarie e dirette, ma anche per quelle maturate durante l'esecuzione del rapporto di lavoro: quindi, tutti i crediti connessi alla normale attività lavorativa ed allo svolgimento di prestazioni lavorative straordinarie o accessorie (21).

Gli interventi legislativi successivi all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 276/2003 hanno comportato un'estensione ulteriore della responsabilità dell'appaltante; difatti, l'art. 35, comma 34, del D.L. n. 223/2006, c.d. «decreto Bersani», ha previsto il riconoscimento della responsabilità solidale del committente con l'appaltatore anche per «l'effettuazione ed il versamento delle ritenute fiscali sui redditi da lavoro dipendente», ossia dei dipendenti dell'appaltatore utilizzati nell'esecuzione del contratto di appalto.

L'ultima modifica apportata all'art. 29, comma 2°, del D.Lgs. n. 276/2003 è stata realizzata ad opera della legge n. 296/2006 in virtù della quale si è esteso il ventaglio dei soggetti coinvolti nella responsabilità solidale, comprendendo ora tutti i partecipi alla catena dei subappalti. In pratica, l'appaltante è tenuto in solido sia con l'appaltatore originario, verso i dipendenti di questo, che verso i subappaltatori, per i dipendenti di costoro; a loro volta, appaltatore e subappaltatore, se divengono subappaltanti nel contratto di subappalto, saranno tenuti in via solidale con i successivi subappaltatori per i dipendenti di questi ultimi. Dal canto suo, il lavoratore potrà trovare soddisfazione dei suoi crediti rivolgendosi non solo al suo datore di lavoro, ma a tutti i soggetti coinvolti nella moltiplicazione esponenziale dei subappalti, fino all'originario appaltante. La *ratio* sottesa a tale sistema di responsabilità solidale a catena risiede nella volontà di responsabilizzare ogni soggetto che promuove un fenomeno di decentramento dell'attività, andando a selezionare parti contrattuali in grado di adempiere correttamente alle obbligazioni scaturenti dai successivi rapporti di lavoro, rimanendo, in caso contrario, direttamente coinvolti in un vincolo di responsabilità dovuto alle scelte effettuate, che potrebbe ricordare una *culpa in eligendo* di civilistica memoria. Tuttavia, è opportuno segnalare anche un orientamento dottrinario secondo cui la norma in esame porrebbe solo in capo al committente principale, e non anche in capo a ciascun subcommittente nell'ambito della catena dei subappalti, la responsabilità solidale per gli adempi-

menti relativi alle spettanze retributive e contributive dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto (22).

La responsabilità solidale ha un limite temporale di due anni dalla cessazione dell'appalto, sulla scia di quanto previsto nell'art. 4 della legge n. 1369/1960, che, tuttavia, prevedeva un arco temporale inferiore pari ad un anno. Anche sulla scorta di tale rinvio normativo, è ormai opinione consolidata che il limite temporale di cui parla la norma è un vero e proprio termine di decadenza. Basandosi solo sull'interpretazione letterale della norma, il termine decadenziale varrebbe non solo per i trattamenti retributivi, ma anche per i contributi previdenziali dovuti ai lavoratori (pur se con una poco corretta indicazione redazionale, in quanto i contributi non vanno corrisposti direttamente ai lavoratori ma pagati agli istituti previdenziali). Tuttavia, la sentenza della Corte di Cassazione del 17 gennaio 2007 n. 996, pur se incentrata su una problematica connessa all'abrogata legge n. 1369/1960, detta un principio generale secondo cui «l'art. 4 della legge 23 ottobre 1960 n. 1369, che pone il termine di decadenza di un anno dalla cessazione dell'appalto per l'esercizio dei diritti dei prestatori di lavoro, dipendenti da imprese appaltatrici di opere e servizi nei confronti degli imprenditori appaltanti - pur facendo riferimento, oltre che ai diritti al trattamento economico e normativo, anche al diritto di pretendere l'adempimento degli obblighi derivanti dalle leggi previdenziali - limita l'ambito di efficacia del suddetto termine ai diritti suscettibili di essere fatti valere direttamente dal lavoratore, non potendosi invece estendersi l'efficacia della disposizione legislativa ad un soggetto terzo, quale l'ente previdenziale, i cui diritti scaturenti dal rapporto di lavoro disciplinato dalla legge si sottraggono, pertanto, al termine annuale decadenziale». Quindi volendo accogliere, in via analogica, quanto statuito dalla Corte di Cassazione in tema di contributi previdenziali, se pur con riferimento, si ripete, all'abrogata legge n. 1369/1960, il termine decadenziale di due anni dalla cessazione dell'appalto varrebbe solo per i crediti retributivi, rimanendo sottoposto all'ordinario termine prescrizione la riscossione dei crediti previdenziali ed assistenziali connessi alla prestazione lavorativa.

Un'eccezione normativamente prevista nel D.Lgs. n. 276/2003 è quella contenuta nel comma 3-ter dell'art. 29, secondo cui, salvo quanto previsto negli articoli relativi alle sanzioni (artt. 18 e 19), le disposizioni in tema di responsabilità solidale del committente non si applicano qualora quest'ultimo sia una «persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale».

## Profili sanzionatori

Qualora si dovesse accertare la non genuinità del contratto di appalto, in quanto realizzato in violazione dei

### Note:

(21) L. Angiello, *op.cit.*, p. 329.

(22) Tra gli altri: I. Alvino, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Gdln*, 2007, p. 528 e ss.

requisiti previsti dall'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, si applicheranno le disposizioni in tema di somministrazione irregolare e fraudolenta, configurandosi un'ipotesi di interposizione illecita di manodopera, ai sensi dell'art. 84 del predetto decreto. In tal caso verrebbe riconosciuta al lavoratore impiegato nell'appalto la possibilità di chiedere giudizialmente la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto committente, ossia del soggetto che ha esercitato nei suoi confronti i poteri tipici del datore di lavoro, utilizzandone effettivamente la prestazione, così come previsto dal comma 3-bis dell'art. 29, del decreto in esame, che richiama *in toto* le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 27 in tema di somministrazione irregolare.

Pertanto, ai sensi dell'art. 18, comma 5-bis, del decreto del 2003, «nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all'art. 29, comma 1, (...), l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione», prevedendo un importo sanzionatorio di carattere penale a carico di committente ed appaltatore simile a quello prescritto nei commi 1 e 2 del medesimo art. 18, in tema, appunto, di somministrazione irregolare. Il contratto di appalto non genuino evidenzia una corresponsabilità delle parti che lo hanno stipulato, configurando un'ipotesi di reato plurisoggettivo proprio. Entrambe le parti, infatti, hanno posto in essere una condotta in violazione delle norme sancite dal decreto n. 276/2003, e precisamente, il committente, utilizzando illecitamente una somministrazione di lavoro, l'appaltatore, fornendo manodopera senza la prescritta autorizzazione ministeriale: tale duplicità di comportamenti, confluyente, tuttavia, nell'unità del *motus* psicologico di entrambe le parti alla realizzazione della fattispecie illecita, giustifica l'applicazione per esse della medesima sanzione penale.

## Certificazione del contratto di appalto

Oltre agli indici forniti dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, per verificare gli elementi distintivi tra appalto e somministrazione il legislatore del D.Lgs. n. 276/2003 fornisce uno strumento normativo finalizzato a tale scopo e previsto nell'art. 84, rubricato, infatti, «interposizione illecita e appalto genuino». La procedura di certificazione menzionata può essere utilizzata sia nella fase di formazione del contratto sia in quella di esecuzione ed attuazione del programma contrattuale. A ben vedere, tale procedura tipizzata potrebbe dissipare i dubbi circa la legittimità di un appalto relativo ad attività c.d. smaterializzate, si pensi ai citati servizi informatici, in cui è opportuno individuare correttamente il soggetto appaltatore che assume l'incarico di eseguire un'opera o un servizio connotati da elementi prettamente personali. Infatti, quando l'attività viene svolta da soggetti autorizzati dal Ministero del lavoro in qualità di Agenzie per il lavoro di somministrazione, nel rispetto dei limiti legali imposti dagli artt. 20 e 21 del predetto decreto, il contratto non avrà bisogno di alcuna certificazione, dal momento che sarà proprio la procedura di autorizzazione ministeriale allo svolgi-

mento di tali attività a garantire le parti contraenti. Per converso, se l'attività fornita consiste sostanzialmente ed esclusivamente nell'apporto personale e professionale dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione dell'appalto, e la legittimità del contratto stipulato si può desumere da un'effettiva organizzazione della prestazione lavorativa ad opera del soggetto appaltatore, allora, in questi casi, la certificazione sarà utile al fine di garantire la certezza degli accordi tra le parti in ordine ai regolamenti ed ai programmi negoziali. La procedura di cui all'art. 84 non potrà, quindi, essere orientata alla tradizionale certificazione dei rapporti di lavoro, valutando, appurando ed appunto certificando la corrispondenza tra quanto programmato tra le parti e quanto eseguito nella realtà concreta, dovendo, piuttosto, concentrarsi sulla validità dell'accordo iniziale instaurato tra le parti per fornire un'adeguata qualificazione del soggetto appaltatore, relativamente a quelle lavorazioni prima richiamate (23).

Occorre segnalare, inoltre, che la procedura di certificazione avente ad oggetto la liceità di un contratto di appalto differisce notevolmente rispetto alle conseguenze tradizionali riscontrabili in relazione ad altri contratti. In particolare, se l'avvenuta certificazione di un rapporto di lavoro, si pensi ad un contratto a progetto certificato, impedisce l'applicazione delle sanzioni amministrative conseguenti ad un eventuale accertamento ispettivo, ciò non avverrà nelle ipotesi di un contratto di appalto certificato risultato poi illecito che, come detto, identificandosi in un'ipotesi di interposizione illecita di manodopera, fa scattare le relative sanzioni penali. Orbene, stante il principio giuridico fondamentale dell'obbligatorietà dell'azione penale, l'eventuale certificazione intervenuta non potrà impedire agli organi ispettivi la trasmissione della doverosa notizia di reato al magistrato per l'apertura dell'opportuno procedimento penale.

## Risvolti pratici

In conclusione, si propongono alcune riflessioni sulla possibilità di eseguire le lavorazioni affidate in appalto a mezzo di lavoratori distaccati o tramite lavoratori a progetto.

In merito alla prima ipotesi, il Ministero del lavoro, con risposta ad interpello del 13 luglio 2006 (24), è intervenuto sulla questione relativa alla possibilità, per un'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico, di avvaler-

### Note:

(23) L. Nogler, *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2003, pp. 124 e ss.

(24) Ministero del lavoro e della previdenza sociale, Risposta ad interpello 13 luglio 2006, prot. n. 25/1/0001565: «L'istituto del distacco, fermi restando i requisiti essenziali per farvi ricorso - cioè la temporaneità del distacco e l'interesse del distaccante, che può corrispondere a qualsiasi interesse produttivo non coincidente con la mera somministrazione di lavoro - ha un campo di applicazione ampio e trasversale. In presenza dei citati requisiti, il lavoratore è ammesso ad effettuare la propria prestazione lavorativa a beneficio di un soggetto che non è il proprio datore di lavoro, il quale resta comunque obbligato al rispetto degli obblighi retributivi e contributivi. Non sembra giustificato il timore di una insufficiente tutela del lavoratore distaccato per la mancata applicazione di disposizioni in materia di appalto, fra cui, ad esempio, l'art. 18, comma 7, della legge n. 55/1990».

si di lavoratori distaccati da altra impresa per l'esecuzione dell'appalto. Il quesito sollevava la problematica di un'eventuale violazione delle norme poste a tutela delle condizioni di lavoro negli appalti pubblici, ossia l'art. 8, comma 7, della legge n. 55/1990 (25), e l'art. 36 dello Statuto dei lavoratori (26). Il Ministero ha affermato che l'utilizzo dell'istituto del distacco nell'ambito di un appalto pubblico non comporta un contrasto con le predette norme, in virtù del previsto riconoscimento di tutele simili a quelle contenute nelle norme oggetto di presunto contrasto. Prova ne sia che l'impresa distaccataria-utilizzatrice delle prestazioni di lavoro è tenuta al rispetto dei medesimi obblighi di sicurezza e prevenzione previsti per i propri dipendenti. Nel corpo dell'interpello il Ministero ha inoltre specificato che, nell'ipotesi di ricorso al distacco di manodopera, non si applica il regime autorizzatorio per il subappalto né quello di comunicazione, entrambi previsti dall'art. 18, comma 12, della predetta legge n. 55/1990: tali adempimenti, infatti, riguardano, rispettivamente, le autorizzazioni relative agli esecutori di subappalti dotati di organizzazione propria dei mezzi e gestione a proprio rischio, laddove, invece, i lavoratori distaccati sono inseriti nella compagine imprenditoriale dell'appaltatore, anche sotto il profilo gerarchico; non si applicherà nemmeno il regime delle comunicazioni, previsto per tutti quei subcontratti diversi dall'appalto ma funzionalmente connessi ad esso. Resta inteso che si potrà procedere al ricorso al distacco solo previa valutazione della sussistenza dei requisiti cardine dell'istituto preso in considerazione, ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003, ossia la temporaneità del distacco e l'interesse del distaccante, in assenza dei quali si ipotizzerebbe la ricorrenza di un caso di somministrazione irregolare ai sensi del citato art. 27 (27).

Relativamente alla seconda ipotesi, ossia l'utilizzo esclusivo di lavoratori a progetto nell'esecuzione di un contratto di appalto, è opportuno preliminarmente evidenziare il ruolo svolto da tali lavoratori all'interno di una compagine aziendale. Secondo alcuni orientamenti giurisprudenziali, nell'ambito di un'impresa costituita prevalentemente da forza lavoro a progetto, occorre verificare se, sottratti idealmente tali lavoratori, residui un'effettiva organizzazione dei mezzi d'impresa in capo all'imprenditore in termini di unità lavorative, tale da consentirgli di realizzare comunque le attività connesse alla sua qualifica. Se l'indagine dovesse dare esito negativo, non si potrebbe parlare più di imprenditore secondo la formulazione che ne dà il codice civile all'art. 2082, «chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi». Pertanto, il venir meno della qualifica di imprenditore impedirebbe al soggetto «appaltatore» di stipulare e di partecipare a contratti di appalto genuini, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 29 del decreto n. 276/2003 che annovera, come si è visto prima, tale qualifica tra gli indici rivelatori della liceità del contratto. Alla luce di tali considerazioni, a parere di chi scrive, non sarebbe ipotizzabile il ricorso esclusivo a lavoratori a progetto per eseguire delle lavorazioni affidate in appalto, dal momento che mancherebbe l'elemento dell'eterodirezione dei lavoratori, trattandosi, infatti, di lavoratori che, per previsione nor-

mativa, dovrebbero godere di un'autonomia gestionale ed operativa nello svolgimento e nel raggiungimento del loro progetto, e che pertanto non potrebbero essere subordinati gerarchicamente ai poteri direttivi dell'appaltatore, facendo, così, venir meno l'elemento indispensabile dell'organizzazione dei mezzi necessari.

#### Note:

(25) «L'appaltatore di opere pubbliche è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si svolgono i lavori».

(26) In virtù di tale articolo, si riconosce la concessione di benefici a favore di quegli imprenditori che applichino ai loro dipendenti «condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona».

(27) G. Falasca, *Appalto, somministrazione e distacco: interventi della giurisprudenza e del Ministero*, in *Guida al Lavoro*, Il Sole 24 ore, 2006, n. 31/2006, pp. 15 e 16.



## La sentenza

**Cassazione civile, sez. lav., 23 novembre 2009, sentenza n. 24625**

### Fatto

Il Tribunale di Napoli, pronunciando sugli appelli - riuniti - di Ferrovie dello Stato Spa (poi Rete ferroviaria italiana Spa) e di Sogaf Srl, proposti contro la sentenza del Pretore della stessa sede in data 1 ottobre 1998, rigetta l'impugnazione dell'azienda ferroviaria e conferma la decisione di primo grado nella parte in cui aveva dichiarato che tra la Sogaf Srl, di cui R.A. era formalmente dipendente, e le Ferrovie dello Stato Spa era intercorsa una illecita interposizione di manodopera e che dal 26 giugno 1995 si era costituito tra questo soggetto e le Ferrovie dello Stato un rapporto di lavoro subordinato con la qualifica professionale di ausiliario di stazione, con la condanna in via generica dell'azienda al pagamento delle differenze retributive;

in accoglimento dell'appello della Sogaf Srl, rigetta la domanda di condanna del soggetto interposto, in solido con l'azienda ferroviaria, all'adempimento dei crediti rivendicati dal lavoratore.

Limitatamente alle questioni rilevanti nel giudizio di legittimità, i giudici di appello pongono a base della decisione il rilievo che dalla emergenze istruttorie risultava che le prestazioni lavorative rese, in virtù di un contratto di appalto stipulato tra la società Ferrovie dello Stato e la società Sogaf, dagli addetti, quale il R., ai passaggi a livello e formalmente dipendenti da quest'ultima società, erano dirette in via gerarchica esclusivamente da dipendenti delle ferrovie ed inserite nel ciclo produttivo dell'azienda ferroviaria, dopo apposita formazione condotta dalle Ff.Ss., mentre la Sogaf, coerentemente del resto con il proprio oggetto sociale, non aveva fornito alcun apporto di beni o comunque organizzativo volto alla gestione reale delle prestazioni lavorative.

Il ricorso di Rete ferroviaria italiana Spa si articola in unico, complesso, motivo.

Resiste con controricorso R.A.

Sogaf Srl non svolge attività difensiva.

### Diritto

Con l'unico motivo la società ricorrente richiama in via preliminare la ricorrenza, in materia di appalto ex legge n. 1369 del 1960, di un contrasto giurisprudenziale, e quindi la necessità di un intervento delle Sezioni unite, segnato rispettivamente dalle sentenze nn. 12363/2003 e 12664/2003 «sembrando» la prima, a differenza della seconda, escludere che la organizzazione e la direzione dei lavoratori impiegati possa integrare il presupposto di legittimità dell'appalto; deduce, quindi, violazione ed errata applicazione della legge n. 1369 del 1960, artt. 1 e 3, dell'art. 2094 c.c., e dell'art. 115 c.p.c. Richiama in proposito, a conforto della denuncia, di aver esposto precise argomentazioni in ordine rispettivamente al pagamento da parte di Sogaf alle Ff Ss dei corrispettivi per visite sanitarie;

alle penalità previste per l'esecuzione dei contratti di appalto e alla cauzione a garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi contrattuali.

Ribadisce, poi, la genuinità economico imprenditoriale dell'appaltatore ed il rischio assunto nell'esecuzione dell'appalto come confermato dal contratto di appalto; l'apporto di mezzi strumentali da parte dell'appaltatore e la insussistenza di una fornitura di capitali, macchine ed attrezzature da parte dell'appaltante come emerso dal libero interrogatorio delle parti e dalle prove testimoniali; l'autonomia organizzativa dell'impresa appaltatrice nei rapporti con i propri dipendenti secondo quanto documentato ed emerso nel corso del giudizio di primo grado con particolare riferimento alla circostanza che presso i passaggi a livello era presente un responsabile della ditta appaltatrice al quale i dipendenti della stessa società dovevano render conto e riferire di ogni vicenda relativa alla loro prestazione lavorativa (assenze, ferie, avvicendamenti, sostituzioni, ecc); la non omogeneità tra le mansioni che il ricorrente assume di aver espletato e l'inquadramento rivendicato di ausiliario di stazione per il quale il Ccnl 90 - 92 prevede mansioni ben più ampie e complesse rispetto a quelle indicate da controparte.

Rileva, quindi, la società ricorrente che il giudice di appello pur «riferendo di alcune emergenze istruttorie del primo grado, ne ha del tutto omesso un esame critico ed ha trascurato le analitiche considerazioni espresse nel ricorso di appello. Assume che la liceità dell'appalto va desunta dalla presenza di un effettivo rischio d'impresa a carico dell'appaltatore, di una reale organizzazione di quest'ultimo e dalla sua titolarità dei poteri direttivi e di coordinamento dei lavoratori. Occorre guardare, precisa, soltanto alla reale organizzazione del fattore lavoro da parte dell'appaltatore, organizzazione che si traduce nella predisposizione di turni di lavoro, nella garanzia di presidio e di compimento di attività nella direzione controllo dell'attività del personale, nell'esercizio disciplinare. È emerso nel giudizio di merito, secondo la società, che «FS era assolutamente estranea, non solo, come riduttivamente afferma la Corte, al pagamento delle retribuzioni, alla predisposizione di turni di lavoro ed alla gestione dei permessi e ferie, ma anche ad aspetti del rapporto ben più significativi: scelta dei lavoratori da assumere, rapporto disciplinare che correva soltanto tra la Sogaf ed i lavoratori».

Il giudice dell'appello considera non rilevante tale ultimo aspetto, pur affermando che il potere disciplinare è strettamente collegato a quello gerarchico direttivo, fraintendendo altresì dati documentali acquisiti agli atti univocamente emergenti nell'istruttoria di primo grado.

Specifica, infine, che la direzione tecnica riguarda unicamente la regolarità dell'esecuzione dell'appalto e non la singola prestazione lavorativa.

La Corte giudica non fondate le questioni poste dal ricorso, come del resto già ritenuto in numerose controversie analoghe, concernenti tutte la stessa vicenda dell'appalto Sogaf (Cass. n. 6337/2009, n. 6215/2009, n. 5724/2009, n. 5648/2009, n. 3209/2008, n. 21010/2007, 17897/2007, n. 18281/2007, n. 18244/2007, n. 18282/2007, n. 11103/2007, n. 13363/2003). Nei richiamati precedenti, si esclude innanzitutto la sussistenza di un contrasto di giurisprudenza, atteso che, comunque, la sentenza n. 12363/2003 si fonda proprio sul consolidato orientamento, secondo cui non è lecito l'appalto il cui oggetto consista nel mettere a disposizione del committente una prestazione lavorativa, lasciando all'appaltatore - datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (retribuzione, assegnazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione mediante le opportune sostituzioni), ma senza una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata ad un risultato produttivo autonomo.

Sulle censure sollevate dalla ricorrente, i medesimi precedenti osservano che, in tema di appalto endoaziendale avente ad oggetto

(segue)

(continua)

prestazioni lavorative con particolare riferimento ai servizi affidati dalle Ff.Ss. ad imprese esterne, l'indirizzo che esprime la giurisprudenza di legittimità è nel senso che, in caso di impiego di manodopera negli appalti concessi dalle Ferrovie dello Stato successivamente all'entrata in vigore della legge n. 210 del 1985, è da escludere che l'operatività del generale divieto previsto dalla legge n. 1369 del 1960, art. 1, sia stata limitata dalla disciplina speciale e posteriore introdotta dalla citata legge n. 210 del 1985, art. 2, lett. i), nella parte in cui ha conferito ampio rilievo alle finalità di economicità, ed efficienza dell'organizzazione delle Ferrovie dello Stato e alle conseguenti esigenze di elasticità e flessibilità nella dislocazione dei servizi e del personale.

In ordine alla precisazione dei limiti in cui opera il divieto di intermediazione, l'esame della elaborazione giudiziale di legittimità formatasi sul tema consente di cogliere, specie nella produzione più vicina, un elemento comune rappresentato sostanzialmente dal rilievo che l'appalto di cui si discute è illecito tutte le volte in cui non è l'appaltatore a gestire concretamente il rapporto di lavoro, bensì l'appaltante. La violazione del divieto, quindi, si configura nel caso in cui l'appalto abbia ad oggetto la messa a disposizione di una prestazione lavorativa, attribuendo all'appaltatore i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto, senza una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata ad un risultato produttivo autonomo, ed ancora secondo il divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro (legge 23 ottobre 1960, n. 1369, art. 1), in riferimento agli appalti "endoaziendali", caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di tutte le attività, ancorché strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente, opera tutte le volte in cui l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore - datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo. Neppure è necessario, per aversi intermediazione vietata, che l'impresa appaltatrice sia una impresa fittizia, essendo invece sufficiente che la stessa non fornisca una propria organizzazione di mezzi in relazione al particolare servizio.

Invero, una volta accertata l'estraneità dell'appaltatore all'organizzazione e direzione dei prestatori di lavoro nell'esecuzione dell'appalto è del tutto ultronea qualsiasi questione inerente il rischio economico e l'autonoma organizzazione del medesimo rimanendo, comunque, esclusa da parte dell'appaltatore, per la rilevata estraneità, una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata ad un risultato produttivo autonomo.

Correttamente, quindi, i giudici di appello, nella sentenza impugnata, hanno dato rilievo fondante, ai fini della verifica della liceità o meno dell'appalto dedotto in giudizio, alla concreta gestione del rapporto di lavoro instaurato dal lavoratore formalmente con la Sogaf e hanno accertato, in base alle risultanze istruttorie, con valutazione di merito assistita da motivazione sufficiente e non contraddittoria e pertanto non censurabile con ricorso per Cassazione, che la prestazione del lavoratore intimato era nella disponibilità della società ricorrente che la dirigeva e ne verificava il regolare espletamento. Pertanto in coerenza con tale accertamento di fatto i giudici di secondo grado hanno ritenuto integrata la fattispecie dell'illecita interposizione nella prestazione lavorativa, vietata dalla legge n. 1369 del 1960, art. 1, applicabile *ratione temporis*.

Sulla base delle esposte considerazioni il ricorso va rigettato. Le spese del giudizio di legittimità seguono, per quanto riguarda la parte intimata costituita, la soccombenza e sono liquidate nella misura di cui in dispositivo con attribuzione al difensore del controricorrente che ha dichiarato di averne fatto anticipo. Nulla deve disporsi con riferimento alla parte intimata non costituita.

#### **P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento in favore della parte costituita delle spese del giudizio di legittimità liquidate in euro 25,00 oltre euro 2.000,00 per onorari, spese generali, Iva e Cpa., con attribuzione all'avv. Fabbrini Fabio. Nulla per le spese con riferimento alla parte intimata non costituita.